

DERECHOS SOCIALES: CUESTIONES DE LEGALIDAD Y DE LEGITIMIDAD *

Social Rights: Questions of Legality and Legitimacy

María José AÑÓN ROIG

Universitat de Valencia (España)

RESUMEN

Este artículo pretende dar cuenta de los avances en la articulación teórico-jurídica de los derechos sociales. Se trata de un recorrido que exige subrayar ciertas ideas guía sobre los mismos, evidenciar algunos de los presupuestos más profundamente arraigados y alcanzar conclusiones válidas tanto en el terreno de la legalidad cuanto en el de la legitimidad. En la intersección entre ambos se sitúa una doble hipótesis que somete a examen el texto. De un lado, es posible una teoría de los derechos fundamentales que integre los derechos sociales; no existen, en este sentido, razones dogmáticas o teóricas de peso que justifiquen su configuración, interpretación y protección diferenciada respecto de otros derechos, con los que, antes bien, comparten elementos teóricos y estructurales. De otro, los derechos sociales constituyen, dadas ciertas condiciones, una respuesta razonable y justa para una refundación de las bases sociales de la ciudadanía democrática.

Palabras clave: derechos sociales, derechos subjetivos, protección de los derechos, ciudadanía social.

ABSTRACT

This article seeks to presents the progress in theoretical legal articulation of social rights. It underlines certain guiding ideas about them, sets out some of the most deeply rooted presuppositions and comes to valid conclusions in the field of legality and legitimacy. In the intersection between them there is a double hypothesis under which the text is examined. On one hand, a theory of fundamental rights can integrate social rights; in this sense there are no weighty theoretical reasons that justify a configuration, interpretation and protection differentiating them from other rights, with which in fact they share theoretical and structural elements. On the other hand, given certain conditions, social rights are a reasonable and just response to give a new ground to the social basis of democratic citizenship.

Key words: social rights, individual rights, protection of rights, social citizenship.

* Este artículo se enmarca en el proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” CDS2008-00007 y el proyecto DER2009-10869 del Ministerio de Ciencia e Innovación.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende hacer un balance de las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre derechos sociales con objeto de fijar la atención sobre los avances de esta construcción teórica, sin desconocer los retrocesos y obstáculos que han jalonado de forma significativa la historia de los derechos humanos, para rescatar los derechos sociales de una concepción que aunque cuenta con destacadas excepciones, en general hace de ellos unos derechos minusvalorados o de segundo orden o impregnados de una serie de debilidades e imperfecciones teóricas y técnicas que se presentan como esencialmente vinculadas a su propia naturaleza.

Una mirada sobre los derechos sociales que sea a la vez retrospectiva y constructiva sobre sus posibilidades como categoría jurídica, como realidad social y como ingrediente de la agenda global sobre derechos humanos parece hoy un discurso imperativo. Los derechos sociales siguen siendo hoy un reto para la realización de los derechos humanos, aun cuando su contribución o su peso en la justicia social no parece haber sido capaz de revertir los prejuicios sobre su tratamiento como derechos considerados en permanente situación de provisionalidad y fragilidad. Perspectiva que se ha visto corroborada aparentemente por la situación de crisis económica y social que atraviesan nuestras sociedades en el momento actual. Digo aparentemente porque el discurso a propósito de esta crisis es extraordinariamente funcional a cuantas decisiones puedan considerar justificado el repliegue de los derechos sociales, el espacio de las políticas públicas y la correlativa desprotección de los segmentos de la población más vulnerables¹. Ciertamente los efectos de las decisiones de economía política que se han ido adoptando inciden en todas las dimensiones de los derechos, también de los sociales: polarización en la distribución de la riqueza; graves tensiones en el modelo europeo de bienestar; limitaciones de acceso al crédito; dificultades en la viabilidad de las políticas de desarrollo y cohesión social, si bien éstos no son efectos indeseados de decisiones e interacciones no intencionales².

Todo ello muestra la idoneidad de volver sobre los derechos sociales y hace necesario que se formulen propuestas alternativas y constructivas. El desafío radica en el recorrido, como afirma Olivas³. Recorrido con un objetivo claro: una recons-

1. Sobre ello véanse las reflexiones de DE LUCAS, J., “Los derechos sociales en tiempos difíciles. (Para una discusión genuinamente radical de los derechos sociales)”, *Los derechos sociales como una exigencia de justicia*, V. Zapatero y M. I. Garrido (eds.), Universidad de Alcalá, 2009, pp. 168-9.

2. En *Reformas de las políticas del bienestar en España*, Madrid, Siglo XXI, 2009, capítulo 1, L. MORENO reflexiona sobre las razones que se encuentran tras los cambios de orientación de las políticas públicas. Los factores dominantes en este sentido son coyunturales y de más peso que el marco institucional e ideológico. Los cambios no se producen por presión social o por la existencia de nuevos riesgos sociales, sino más bien por la influencia europea. Por otra parte, la competencia entre comunidades autónomas ha desarrollado mecanismos avanzados en el ámbito de la lucha contra la exclusión dirigidos al reconocimiento de derechos.

3. OLIVAS, A., “El papel de los jueces en la garantía de los derechos sociales”, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, G. Pisarello (ed.), Albacete, Bomarzo, 2009, p. 79.

trucción de la ciudadanía necesitada de un reformismo social que albergue, entre otros elementos, los derechos sociales. Estos se erigen así en respuesta justificada, factible, medida y/o garantía para una refundación de esta ciudadanía social. Al hablar de ciudadanía social no pretendo compartimentar la categoría de ciudadanía ni detenerme siquiera en el debate sobre las relaciones entre las distintas esferas. Debate, por otra parte, bastante estéril. Sino sólo subrayar el componente social de la ciudadanía democrática en momentos en que asistimos a una redefinición del estado de bienestar. Ciudadanía entendida como condición que faculta para disfrutar de la plenitud de los derechos más básicos o importantes de una persona y que en el seno de una comunidad suponen la condición de miembro pleno o no subordinado⁴. Este objetivo será algo alcanzable si somos capaces de implementar todas las dimensiones de los derechos sociales e integramos en la teoría y la práctica de los derechos todos los contenidos a los que me referiré en este texto. También cabe, desde luego, dejar las cosas como están, pero con ello estaremos reforzando el abandono a su suerte de los excluidos y vulnerables. No podemos abandonar a su suerte los derechos sociales porque son derechos para una vida decente. Sin duda, es una idea tan sencilla como poderosa⁵.

Examinaré así aquellos argumentos que permiten una interpretación expansiva de los derechos y sus dimensiones y centraré mi reflexión en el contexto de la teoría jurídica de los derechos sociales, tratando de superar las fricciones resultantes de dos perspectivas dogmáticas distintas: constitucional e internacional, no siempre de fácil encaje y en dos planos como son el de la legalidad y el de la legitimidad. En ese itinerario dividiré mi exposición en dos partes. En primer término analizaré los principales obstáculos para una teoría de los derechos fundamentales que integre los derechos sociales. En segundo término me centraré en las posibilidades interpretativas, conceptuales y de eficacia que pueden derivar de la tesis de la interdependencia entre los derechos. Porque asumo que no hay límites claros y diferenciados entre unos derechos y otros, sino antes bien un *continuum*⁶. No voy

4. Recuperar el enfoque marshalliano de la ciudadanía despojado de su tesis lineal, armónica y evolutiva de la noción, pero reteniendo el elemento conceptual central: solo se es miembro igual de pleno derecho cuando existe la igualdad en derechos. *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza, traducción de P. Linares, 1998. GARCÍA AMADO, J. A., "Los derechos de los trabajadores en la Constitución. Una lectura", en *Constitución y derechos fundamentales*, J. Betegón, F. Laporta, J. R. De Páramo, L. Prieto (coords.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2004, p. 832. GARCÍA MANRIQUE, R., "Derechos sin diferencia específica. Los derechos sociales según Gerardo Pisarello", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2007, tomo XXIV, segunda época, pp. 491-498. Coincide también con esta tesis MORENO L. En *Ciudadanos precarios: la "última red" de protección social*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 32 afirma que la ciudadanía es entendida como status conformado por el acceso a los recursos básicos para el ejercicio de derechos y deberes. La no discriminación en el acceso a esos recursos constituye la condición necesaria y suficiente de la ciudadanía.

5. FABRE, C., *Social Rights Under the Constitution. Government and The Decent Life*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 11-13.

6. Como afirma Waldron "es en la fluidez de sus límites donde encontramos las mejores razones para hacer de ellos una pieza clave del constitucionalismo actual". WALDRON, J., *Liberal Rights*. En este sentido, y tal como sostiene G. PISARELLO, hay muy buenos argumentos para

a partir, sin embargo, de la identificación de las diferencias o características de los derechos sociales con respecto a otros derechos, especialmente los derechos civiles y políticos, pues se trata de un enfoque que ha recibido un tratamiento amplio y en profundidad.

Los argumentos que veremos pretenden mostrar entre otras hipótesis que (a) es posible una teoría de los derechos fundamentales que integre los derechos sociales; (b) no existen razones dogmáticas o teóricas de peso que justifiquen vías y formas de tutela sustancialmente diferentes; (c) los defectos de los derechos sociales no lo son frente a los civiles, antes bien comparten similares insuficiencias técnico-jurídicas; (d) se dan las condiciones para llevar a cabo una interpretación más garantista y efectiva de los derechos sociales de la que ha tenido lugar hasta ahora

2. ALGUNOS LÍMITES EN LA TRANSFORMACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1. La teoría sobre el estatuto jurídico-constitucional de los derechos sociales

Uno de los obstáculos, podemos decir, originarios sobre los derechos sociales es la configuración jurídico-política del Estado social como estado legislativo y administrativo y una articulación en la Constitución española de los derechos coherente con este presupuesto. El Estado social supuso una transformación del Estado de fuerte impacto, dados los cambios sustanciales que imponía: nuevas funciones del Estado, una distinta perspectiva sobre las relaciones entre individuos y Estado, y una propia ontología social⁷. La transformación de las funciones del Estado se produjo como consecuencia de que el Estado —los poderes y agentes públicos— asumieran la responsabilidad por el bienestar de los ciudadanos, por la corrección

afirmar que los derechos sociales constituyen la aportación más importante del constitucionalismo del siglo xx. Los derechos sociales, desde la perspectiva de la legitimidad política y ética de todo ordenamiento jurídico, representan una suerte de punta de lanza y entrañan importantes retos para los órganos constitucionales en la medida en que tienen efectos directos en el orden social y económico; de ahí el cúmulo de implicaciones entre el reconocimiento y garantía de los derechos sociales y las siempre complicadas relaciones entre legislación y jurisdicción en el estado constitucional. “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho”, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, M. Carbonell *et al.* (eds.), UNAM, México, 2000, pp. 113 y ss.

7. Los derechos sociales tienen sentido en un modelo institucional que se denomina de derecho social que, en cierto modo, supera algunas insuficiencias del modelo de derecho privado clásico. Ambos se constituyen en una suerte de paradigmas cada uno de los cuales tiene unos presupuestos y postulados que dan origen a instituciones jurídicas concretas y que se superponen sin sustituir uno por otro completamente. Un examen muy interesante de estos paradigmas puede verse en ABRAMOVICH, V. y COURTIS, CH., *La exigibilidad de los derechos sociales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 47, 52-56. Sobre el modelo de Derecho social un texto de referencia es EWAL, F., “El concepto de derecho social”, *Contextos. Revista de crítica de derecho social*, n.º 1, 1997, pp. 101-102.

de las desigualdades sociales más estridentes y por el acceso a cotas aceptables de bienes básicos⁸. Los derechos sociales encuentran su origen en el marco de este modelo de Derecho social que sin embargo no desarrolló un esquema adecuado de protección, dado que dejó en manos de las políticas públicas el cauce propio de realización de los derechos sociales⁹. En este contexto las sucesivas crisis que han atravesado el estado social y lo incisivo de las políticas neoliberales derivadas de la globalización han profundizado la brecha entre la protección social pública y la del mercado, a favor de este último¹⁰. Lo que ha permitido, por otro lado, mantener la teoría sobre el estatuto jurídico de los derechos prácticamente inalterada, aun siendo testigo del surgimiento de lo que se han denominado “nuevos riesgos sociales”¹¹, que afectan directamente al corazón de los derechos fundamentales; excepción hecha del desarrollo dogmático y jurisprudencial en torno a las diferentes dimensiones del principio de igualdad¹².

Puede afirmarse sin riesgo de inexactitud que las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre los derechos sociales desde la perspectiva constitucional

8. Un análisis del desarrollo histórico de los derechos sociales puede verse en ABRAMO-VICH, V. y COURTIS, CH., *Los derechos sociales en el debate democrático*, Madrid, Bomarzo, 2006.

9. MERCADO PACHECO, Pedro (2004), “Derechos y orden económico: reflexiones sobre la “constitución económica”, *Constitución y derechos fundamentales*, 2004, pp. 854-873. MONEREO, J. L., “Fundamentos de la constitución social: cláusulas y principios de ordenación de las relaciones sociedad-estado” Comentarios a la Constitución socio-económica de España, Granada, Comares, 2002.

10. A. CANTARO afirma que las constituciones del siglo XX reconocen, de hecho, la función de regulador general de las relaciones sociales tanto en el mercado como en la política (democráticamente legitimada). Para ellos no hay necesidad individual y colectiva que no pueda ser satisfecha a través de relaciones económicas de intercambio (producción de bienes) y viceversa, para cualquier necesidad puede manifestarse la oportunidad de que su satisfacción se provea por medio de relaciones de tipo político-distributivo (producción de servicios públicos). Las constituciones económicas del estado social reflejan el conflicto (y la competición) entre estos dos diferentes principios de satisfacción y regulación de las necesidades sociales (economía y política, mercado y estado, mercantilización y desmercantilización) y definen las sedes, las formas y los procedimientos dentro de los cuales este conflicto puede desarrollarse. Pero niegan, en línea de principio, la existencia de una primacía constitucional del cálculo económico y del orden del mercado. CANTARO, A., “El declive de la constitución económica del Estado social”, *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, M. A. García Herrera (dir.), Zarautz, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1997, p. 174.

11. Cabe pensar así en cuatro transformaciones fundamentales: la mayor participación de la mujer en el mercado de trabajo, que ha dado lugar a crecientes demandas de igualdad a distintos niveles y ámbitos; los cambios en la configuración de los hogares con más personas dependientes (mayores y jóvenes) y el crecimiento de hogares monoparentales; el fenómeno de precarización y/o pauperización laboral; la expansión de los servicios privados seguida de una creciente desregulación de los servicios públicos. Todas estas transformaciones dan lugar, sin duda, a nuevas necesidades a resolver. MORENO, L., *Reformas de las políticas del bienestar en España*, Madrid, Siglo XXI, 2009.

12. Tanto el desarrollo normativo sobre la cláusula antidiscriminatoria, como la legislación y jurisprudencia sobre la igualdad real y efectiva como exigencia del artículo 9.2 de la C.E., ha sido extenso y profundo y, sin embargo todo ello no ha repercutido directamente en la concepción sobre el estatuto jurídico de los derechos sociales.

tienden a subrayar las insuficiencias de su estatuto jurídico¹³. Desde la elaboración de la constitución española se ha ido configurando lo que podemos denominar una concepción y una teoría “estándar” sobre los derechos sociales o, al menos, ampliamente mayoritaria, aunque con excepciones muy relevantes que, por resumir, se asienta sobre la idea central en virtud de la cual los derechos sociales son derechos distintos a todos los demás derechos fundamentales y/o humanos. Esta diferencia reside centralmente, según suscriben sus defensores, en argumentos ampliamente conocidos y que pueden sintetizarse en los siguientes¹⁴:

En primer término el argumento dogmático de derecho positivo¹⁵, con arreglo al cual la tutela diferenciada y debilitada de los derechos sociales sería una opción explícita del constituyente reflejada en el artículo 53 y reforzada por la jurisprudencia del tribunal constitucional. Desde ahí, salvo el derecho a la educación (art. 27) y los derechos laborales del cap II del Título I, los demás derechos quedan configurados únicamente como principios rectores carentes del valor de “fundamentalidad” y de eficacia jurídica directa o inmediata, por tanto no pueden dar lugar a derechos subjetivos directamente accionables. Nos encontramos ante un debate impregnado de las dificultades y la evanescencia de los distintos enfoques sobre el significado del concepto “fundamental” en sus vertientes sustancial y formal¹⁶, así como las dificultades conceptuales que derivan del sustrato axiológico de los derechos. Esta descripción, como señala Pisarello¹⁷, está condicionada por diversos prejuicios extra-jurídicos “mas su apoyatura dogmática reside precisamente en un argumento poderoso como es el de la literalidad del texto constitucional y la interpretación conforme por parte del Tribunal Constitucional”. Literalidad que, por otra parte, es confusa en algunos aspectos e imprecisa en sus criterios clasificatorios¹⁸.

13. Por todos JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 122. Una perspectiva crítica temprana en GOMES CANOTHILLO, J. J., “Metodología fuzzy y camaleones normativos en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Derechos y Libertades*, n.º 6, 1998, pp. 41 y ss.

14. AÑÓN, M. J., “Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartimentada”, *Teorías de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. III, Madrid, Dykinson, 2008, p. 21.

15. PISARELLO, G., “La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español”, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Albacete, Bomarzo, 2009, pp. 35-78.

16. Al respecto puede verse BASTIDA, F., “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? *Derechos sociales y ponderación*”, R. Alexy, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico, 2007, pp. 119 y ss.

17. PISARELLO, G., “Los derechos sociales como derechos justiciables...” *cit.*, p. 37.

18. En este punto no es baladí el desarrollo de la jurisprudencia constitucional española sobre la vinculación de orden sustantivo entre derechos fundamentales y dignidad humana, cada vez que ha tenido que hacer frente a la constitucionalidad de las limitaciones o restricciones de los derechos de los extranjeros en España. Desde la sentencia 104 hasta la 236/2007 y concordantes, pasando por la emblemática 95/2003 el TC ha mantenido su planteamiento sobre los tres círculos de titularidad de derechos pero, a su vez, ha ido ampliando el número de derechos que integran el primero de ellos, esto es, el conjunto de derechos que comparten todos los seres humanos, aunque se mantienen limitaciones

El segundo argumento apela a una distinta estructura de los tradicionales derechos fundamentales y libertades públicas, rubricados como derechos de libertad, de la que poseen los derechos económicos, sociales y culturales, reunidos bajo el rótulo de derechos de prestación. De esa distinta estructura se siguen los rasgos centrales de su tutela. Los derechos y libertades públicas son derechos conceptualizados básicamente como límites al poder público y, por tanto, imponen obligaciones de abstención a dicho poder público y su tutela supone, en general, reaccionar frente a invasiones de ámbitos de libertad. Por el contrario, los derechos sociales poseen más bien una estructura prestacional, de forma que su eficacia implica sobre todo acciones positivas de los poderes públicos. La tutela de éstos está vinculada a las obligaciones positivas que tiene el poder público de realizar determinadas actuaciones. Este razonamiento está vinculado a un argumento centralmente económico que insiste en que más allá de su indeterminación o de sus fundamentos axiológicos, lo que justifica que los derechos sociales tengan unas menores posibilidades de protección jurisdiccional es su condición de derechos prestacionales y costosos¹⁹. Esta singularidad estructural —se sostiene— supeditaría necesariamente su eficacia a la “reserva de lo económicamente posible”, a las limitadas competencias técnicas de los jueces para resolver cuestiones complejas con elevadas consecuencias presupuestarias.

En tercer lugar, el argumento de que se trata de derechos de configuración legal. Con esta idea se quiere expresar que nos encontramos ante derechos dejados en las manos del legislador ordinario; esto ha sido interpretado entendiendo que el legislador podrá adoptar sobre ellos cualquier tipo de decisión, incluida la de vaciarlos de contenido, limitarlos injustificadamente o sencillamente una total inacción. Cuando se advierte sobre el desarrollo legislativo como condición necesaria de los derechos sociales se esgrimen razones como las siguientes: su mayor indeterminación semántica —en algunos casos planteada como insalvable—, las dificultades de determinación de su contenido esencial y los problemas de fijación de los límites de los derechos.

Se trata, sin duda, de una interpretación muy poco deferente y confiada en el papel institucional del legislador ordinario²⁰ y saturada de ideas que tienen

importantes. Véase el análisis de SOLANES, A., “Integración sin derechos: de la irregularidad a la participación”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2006, n.º 14.

19. El argumento relativo a los costes de los derechos sociales frente a otros derechos creo que se puede considerar superado. Todos los derechos exigen destinar ingresos públicos tanto para su realización a través de medidas y obligaciones normativas e institucionales como para garantizar la protección de un derecho frente a sus violaciones. En este sentido no hay distinciones ontológicas entre el derecho a la educación y a la salud con respecto al derecho a la tutela judicial efectiva o el derecho al sufragio. Otra cuestión es la relativa a la distribución de esos costes y al diseño de modelo fiscal que pueda ser más eficiente. En este sentido véanse trabajos citados de AÑÓN, HIERRO, pp. 191-192, GUARIGLIA, CALVO, M., pp. 207-209.

20. Como advierte GARCÍA AMADO, J. A., conviene distinguir entre lo constitucionalmente imperativo y lo constitucionalmente posible porque la primera exigencia suele ser mucho menor que la segunda. En el caso del artículo 41 que es el que ocupa al autor “constitucionalmente imperativo

contraargumentos relativamente sencillos. La diferencia cualitativa en este punto, como señala Hierro²¹, es más bien que la intermediación legislativa de los derechos civiles se inició y desarrolló en la tradición jurídica de la modernidad y sin embargo la relativa a los derechos sociales aun está en proceso de realización. Pero la mediación legislativa es inseparable del reconocimiento de garantías primarias y secundarias de todos los derechos, para su concreción, desarrollo y efectividad²².

Otro de los argumentos que sustenta la tesis estándar sobre el estatuto jurídico de los derechos sociales es la falta de justiciabilidad que encierra, a su vez, varios subargumentos. De un lado la reducción de las garantías de los derechos a las judiciales²³; la identificación de cada derecho con una sola modalidad de acción y obligación y las prevenciones sobre el papel de los jueces a este respecto. Es recurrente, en este contexto, la tesis simplista de la falta de justiciabilidad de los derechos sociales²⁴. En el desarrollo de este texto parto, sin embargo, de otras tesis que cuentan ya con suficientes evidencias normativas y prácticas. (i) Cada uno de los derechos sociales no se resume en un deber (positivo o negativo), sino en un haz de posiciones y en un conjunto de razones para imponer ulteriores obligaciones. (ii) Contamos con un abanico de acciones de protección y tutela que van desde la denuncia del incumplimiento de obligaciones negativas hasta la exigencia de realización de obligaciones positivas incumplidas, evidentemente en el marco de un contexto institucional que haga posible la realización de derechos sociales. (iii) El principio de jurisdiccionalidad es una directriz de carácter general orientado a que las lesiones de derechos sin distinción sean sancionadas y eliminadas. De alguna manera todos los derechos deben ser potencialmente accionables ante un tribunal²⁵.

es que todos los ciudadanos tengan garantizadas prestaciones suficientes de un régimen público de seguridad social. Inconstitucional por ir contra el núcleo claro de ese precepto sería, por ejemplo, una ley que dispusiera que sólo ciertos ciudadanos tienen tal derecho o que no lo tienen los desempleados. Pero en lo que respecta a las condiciones adicionales que concretan aquel mandato entramos en los márgenes de vaguedad, indeterminación o penumbra que nos abocan a la legitimidad del legislador democrático para dar un alcance u otro a esos mandatos que en sus mínimos siempre han de ser respetados. Qué prestaciones sean suficientes, qué situaciones sean de necesidad o quiénes cuenten como desempleados no lo determina la constitución, por lo que las respuestas constitucionalmente posibles son múltiples” (“Los derechos de los trabajadores en la Constitución: una lectura”, *cit.*, pp. 826-827).

21. HIERRO, L., pp. 197-198.

22. M. SHEININ, “Direct Applicability of Economic, Social and Cultural Rights: A Critique of the Doctrine of Self-Executing Treaties, en *Economic, Social and Cultural Rights, Textbook, cit.*, pp. 54 y 79.

23. L. FERRAJOLI denomina a este proceso “falacia garantista”, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, 1995, Madrid, Trotta, p. 940.

24. Argumento que se esgrime como si se tratara de una deficiencia o insuficiencia constitutiva. En sentido contrario pensemos, por ejemplo, que un derecho social centralmente “prestacional” como es la educación está configurado como derecho acorazado con todas las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales en el artículo 27 y 53 de la Constitución española.

25. PISARELLO, G., “La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español”, *cit.*, p. 36. En este texto puede encontrarse una propuesta exhaustiva sobre las posibilidades de protección jurisdiccional de los derechos sociales que parte de una interpretación sistemática y coherente de la Constitución española. Véase pp. 56-78.

(iv) Las formas de tutela adecuada exceden a la tutela judicial y bien pueden ser también el resultado de la acción combinada de instituciones políticas y órganos jurisdiccionales como planteamiento más coherente con un modelo democrático²⁶.

Lo que se consideran defectos e insuficiencias de los derechos sociales ha comportado que desde sus orígenes, éstos han sido interpretados como una construcción anómala de la dogmática del derecho subjetivo, una categoría bastante incomprensible desde el punto de vista jurídico por su falta de analogía con las concepciones más tradicionales del derecho subjetivo²⁷, identificados, por el contrario, con mayor facilidad como principios meramente políticos, posiciones jurídicamente no estructuradas, o en todo caso, normas de efecto indirecto. No es casual, por ello que, desde el punto de vista jurídico, la tesis del carácter programático de los derechos sociales fuera la respuesta dominante frente al desafío que suponía la articulación normativa del estado social y sus técnicas de intervención²⁸. Sin duda un sustrato teórico como éste ha resultado muy funcional a una visión extrema compartimentada de los derechos, a una visión insistentemente objetivista frente a las posibilidades de las dimensiones subjetivas de los derechos, y también, por qué no decirlo, funcional a los ciclos económicos recesivos, así como a las políticas públicas restrictivas y no expansivas, y se ha mantenido inalterada incluso en momentos de amplio reconocimiento de derechos sociales.

Una caracterización de los derechos sociales como la presentada no sólo ha sido receptora de argumentos críticos muy densos, sino que han quedado patentes, tras el esfuerzo argumentativo de autores de muy distinto signo y perspectiva, sus debilidades, su excesiva simplicidad, sus dependencias de construcciones dogmático-jurídicas superadas y sus presupuestos ideológicos implícitos, no siempre de idéntico sentido. Argumentos que, como indica Pisarello²⁹ “encierran elementos de verdad, pero están lejos de ser concluyentes” y admiten otras interpretaciones de los derechos sociales y de las instituciones que los envuelven. Posibilidades que abre, de un lado, la perspectiva que ve los derechos fundamentales como dimensiones de un mismo concepto de derecho, a partir de unos mismos parámetros valorativos. De otro, las consecuencias que se siguen tanto para la calidad democrática de un sistema, como para el legislador, de atribuir la cualidad de fundamentales a los derechos sociales, al formar parte de las bases de la legitimidad de la asociación política³⁰.

26. SUNSTEIN, C. S., es defensor de una teoría constitucional centrada en la promoción de los derechos sociales desde una perspectiva del sistema político democrático basada de un modo complejo en el ideal de la democracia deliberativa. *The Partial Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1994.

27. A. BALDASARRE señala como ejemplo de esta tesis la posición de C. Schmitt en Alemania y Calamandrei en Italia. *Los derechos sociales*, cit., p. 29. E. DICIOTTI, “Stato di diritto e diritti sociali”, *Diritto e questione pubblica*, 2004, pp. 49-79.

28. G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías*, cit., p. 29.

29. PISARELLO, G., “Los derechos sociales como derechos justiciables”, cit., p. 53.

30. Elías DIAZ, “Estado de Derecho y derechos humanos”, *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2004, pp. 17-40, cuando afirma que el mo-

2.2. Clasificaciones inexactas y sus consecuencias

No voy a detenerme en poner en cuestión la forma en que se ha presentado y transmitido la historia y la teoría de los derechos humanos en general y sociales en particular, básicamente como una visión lineal, unitaria y progresiva de los derechos³¹. Un relato que parece favorecer una visión mecanicista del progreso en materia de derechos humanos. Se trata de una concepción que está en el origen de la simplicidad con la que se ha pretendido presentar las diferencias entre distintas clases de derechos. Desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos ha quedado fijada una imagen clasificatoria muy sencilla y, precisamente por ello errónea, cuya justificación reside peligrosamente en el argumento de su carácter didáctico.

De acuerdo con esta presentación se puede hablar de tres clases de derechos a partir de una serie de criterios clasificatorios³². (a) Atendiendo a la dimensión de los derechos se distingue entre derechos de primera, segunda y tercera generación. (b) El segundo criterio es el de los derechos y distingue entre los derechos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP), los integrados en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y un tercer grupo que integra paz, medio ambiente y desarrollo. (c) El tercer criterio es el relativo a la fundamentación y distingue entre libertad, igualdad y solidaridad. (d) Teniendo en cuenta las obligaciones del Estado se distinguen entre obligaciones de abstención, de acción y de coordinación. (e) En virtud del compromiso del Estado, se habla de compromisos inmediatos, progresivos y mixtos. (f) Finalmente se tienen en cuenta las condiciones de realización de los derechos y a este respecto se distingue entre voluntad política, recursos y mixto. Evidentemente los rasgos enunciados en primer término corresponden a los derechos civiles y políticos y los señalados en segundo lugar a los derechos sociales. Los primeros son exponentes de unas fortalezas que los segundos no tienen, derivadas de un presupuesto valorativo según el cual la menor tutela de los derechos sociales radicaría en que son derechos con un fundamento y un valor diferente a los derechos civiles y políticos, puesto que

delo constitucional se asienta sobre un estado social y democrático que proveen su legitimidad y su legitimación. FERRAJOLI, L., en un sentido coincidente habla del constitucionalismo social como una de las tres vías de desarrollo legítimo del Estado constitucional. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, ap. 1.

31. Un examen crítico del relato evolutivo de los derechos humanos en PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías*, cit. PECES-BARBA, G., *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2005, desde su primer trabajo sobre la historia de los derechos ha insistido en sus líneas de evolución o procesos (positivación, generalización, internacionalización, especificación), antes que en la visión generacional de los mismos. Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991. ANSUATEGUI, J., "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", *Los derechos sociales como una exigencia de justicia*, V. Zapatero y M.^a I. Garrido (eds.), Universidad de Alcalá, 2009, p. 153.

32. BOLIVAR, Ligia, "La doctrina en materia de derechos económicos, sociales y culturales: avances y dificultades en su aplicación y exigibilidad", *Democracia y derechos económicos, sociales y culturales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2005, pp. 33-53.

se asientan sobre valores o principios menos relevantes o menos conectados con aquellos que inspiran la protección de los auténticos derechos fundamentales³³.

Es habitual que las clasificaciones de derechos humanos ofrezcan una configuración de los derechos sociales que tiene como parámetro a los derechos civiles y políticos. Las diferencias entre ambos se esgrimen generalmente para probar que los derechos sociales serían derechos anómalos básicamente por su imposible universalidad, por su contenido indeterminado o indefinido y/o por su imperfecta protección. Sin embargo, como subraya Hierro, el desarrollo argumental proporciona razones para probar no que los derechos sociales no tienen tales imperfecciones, sino que también serían propias de los derechos llamados individuales³⁴.

Sin duda, la reflexión sobre los derechos sociales ha avanzado significativamente como resultado de los esfuerzos realizados por presentar de modo clarificador sus rasgos caracteriológicos y sus presupuestos³⁵. Estos esfuerzos, por otro lado muy valiosos, tienen también sus límites. Valiosos porque han supuesto una depuración teórica importante y las bases para una dogmática de los derechos fundamentales más compleja. Sus límites, por otra parte, derivan fundamentalmente de dos cuestiones. De un lado, los criterios y modelos más o menos abstractos que subyacen a las clasificaciones concretas³⁶. De otro, la incommensurabilidad de los criterios de clasificación, dado que las distintas clases no son nítidas, ni excluyentes, ni exhaustivas, ni se corresponden unos criterios con otros. Así, las distintas clases de derechos pueden ser las que distinguen (a) entre derechos civiles y políticos, de un lado, y derechos sociales de otro, (b) derechos individuales y derechos sociales, (c) derechos de abstención frente a los derechos de prestación, (d) derechos de autonomía versus derechos de prestación³⁷. En este sentido, uno de los argumentos que mayor peso negativo ha vertido sobre las espaldas de los derechos sociales ha sido su calificación como derechos de prestación. Esta atribución de significado aun cuando tenga una motivación benévola al pretender identificar un rasgo distintivo de los derechos sociales que dé cuenta de los mismos como conjunto unitario, en definitiva, profundiza en el relato

33. PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

34. HIERRO, L., "Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy", *Derechos sociales y ponderación*, Robert Alexy et al., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico, 2007, p. 173.

35. En España constituyen dos trabajos de referencia sobre las características de los derechos sociales RUIZ MIGUEL, A., "Derechos liberales y derechos sociales", *Doxa*, n.º 15-16, 1994, pp. 656 y ss. PRIETO, L., "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1995, n.º 22, pp. 9-57. En este sentido también AÑÓN, M. J. "Los derechos sociales: el test de la inclusión", *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, A. Antón, Madrid, Talasa, 2000, pp.

36. BIN, R., *Ragion Pratica*, n.º 14, 2000, p. 16.

37. R. ALEXY, en *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 482 y ss. En "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático" *Derechos y Libertades*, 2000, n.º 8, pp. 12 y ss., caracteriza a los derechos sociales como derechos a prestación en sentido estricto y en sentido amplio.

compartimentado o diferenciado de los derechos; por ejemplo la tesis que afirma que los derechos sociales comprenden las disposiciones tendentes a garantizar un mínimo existencial para el individuo, y también las normas que conforman la dimensión prestacional de las libertades y de los derechos políticos, profundiza en la tesis de la separación y no proporciona una adecuada comprensión de los derechos sociales, ni de los derechos humanos³⁸.

Contamos con perspectiva suficiente para afirmar que partiendo, sin duda, de todas las contribuciones previas sobre los rasgos que de una forma más o menos nítida pueden identificar a los derechos sociales, ha sido el enfoque de los derechos sociales desde una teoría compleja de los derechos humanos el que ha proporcionado avances más importantes a este respecto³⁹. La consideración de los derechos fundamentales en su continuidad e interdependencia axiológica y estructural ofrece una perspectiva más compleja, pero más plausible y fructífera⁴⁰. Hablamos así de derecho subjetivo en sentido amplio, categoría que comprende distintas posiciones jurídicamente protegidas o distintas relaciones que también pueden tener distintos grados o niveles de protección. El derecho subjetivo es así una realidad compleja, un haz de posiciones, un conjunto de relaciones o derechos como un todo, que ha operado, a su vez, una transformación importante del concepto de derecho, englobante tanto de una perspectiva más estructural, formal o conceptual, como de dimensiones sustanciales, normativas y axiológicas⁴¹ y que permite conceptualizar perfectamente la noción de derechos fundamentales. Como escriben V. Abramovich y Ch. Courtis⁴² se trata de entender los derechos no como esferas protegidas frente a la intervención de terceros, sino como posiciones normativas implícitas en la calidad y dignidad de la vida humana.

38. En esta crítica coinciden ANSUATEGUI, J., "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", *Los derechos sociales como una exigencia de justicia*, V. Zapatero y M.I. Garrido (eds.), Universidad de Alcalá, 2009, pp. 155-156. LEMA AÑÓN, C., "Derechos sociales ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales", *Derechos y Libertades*, n.º 22, Epoca II, 2010, pp. 179-203.

39. Parece más plausible, sin embargo, retomar la perspectiva que distingue entre derechos humanos/derechos fundamentales frente a los derechos patrimoniales, de acuerdo con la propuesta de FERRAJOLI, L., en *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

40. A. EIDE, C. KRAUSE y A. ROSES (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Kluwer Law International, Holanda, 2001. V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, p. 27.

41. LAPORTA, F., habla en términos de "derechos-racimo", "Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema", *Constitución y derechos fundamentales*, cit., p. 300. B. CELANO, "I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz", *Analisi e diritto*, 2001, pp. 1-6. En relación con los derechos sociales *vid.* esta tesis en R. ARANGO, "Basic Social Rights, Constitutional Justice and Democracy", *Rato Juris*, vol. 16, n.º 2, junio 2003, p. 143.

42. V. ABRAMOVICH y CH. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit.

3. LOS DERECHOS SOCIALES EN LA TEORÍA Y EN LA PRÁCTICA: AVANCES Y TENDENCIAS

3.1. La tesis de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos

Se trata de una idea acuñada en la evolución del derecho internacional de los derechos humanos y que es o puede ser extraordinariamente plausible, por las potencialidades que encierra⁴³. La indivisibilidad de los derechos humanos es una doctrina oficial de Naciones Unidas respaldada por la asamblea general y por la oficina del alto comisionado de derechos humanos. Una primera afirmación está basada en la proclamación de Teherán de 1968: “Dado que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la plena realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales es imposible”. La Asamblea general aprobó la tesis de la indivisibilidad en una resolución de 1977 y se reafirmó en la declaración de Viena en 1993: “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes e interrelacionados. La comunidad internacional debe tratar globalmente los derechos humanos de una forma justa e igual, en pie de igualdad y con igual énfasis”. El objetivo político de las dos primeras resoluciones fue defender los derechos económicos y sociales para afirmar que los países que abogan por los derechos civiles y políticos están también comprometidos con los derechos económicos y sociales. La afirmación en la declaración de Viena, sin embargo, tuvo a su vez otros objetivos. Dirigida a los países que abogan por los derechos humanos y al mismo tiempo consideran los derechos de las mujeres y/o los derechos de participación democrática como inadecuados para su sociedad.

Podemos hablar de indivisibilidad en sentido amplio para referirnos a las interrelación entre derechos sociales y civiles⁴⁴. Obviar esta idea permite afirmar

43. En el contexto de la Unión Europea la carta de derechos fundamentales aprobada en Niza en el año 2000 es susceptible de diversas interpretaciones. CANTARO, A., llama la atención, por un lado, sobre una equiparación jurídico formal de todos los derechos que resulta patente por el gran número de derechos fundamentales de la Carta europea (p. 132). La mayoría de los derechos sociales vienen agrupados en torno al valor solidaridad y otros en el ámbito de la igualdad. A su juicio el grado ambiguo e indeterminado de la formulación de los derechos es enorme, pero paradójicamente ello acerca la estructura de unos derechos y otros. El segundo elemento de equiparación jurídico-formal deriva de la agrupación de derechos en categorías de valores. El objetivo es situar a todos los derechos en condiciones de igualdad, situarlos al mismo nivel. No hay ninguna posición supraordenada de los derechos civiles y políticos respecto a los sociales y por tanto expresa el principio de indivisibilidad de valores y derechos (p. 136). No se trata de una operación neutral, afirma Cantaro, sino que constituye tal vez la aportación más significativa de la carta. Sin embargo, el perfil de la categoría derecho fundamental y derechos sociales aparece muy debilitado. Los derechos escasamente se traducen en posiciones subjetivas y en obligaciones de resultado para las administraciones públicas (p. 139-140). CANTARO, Antonio, *La Europa soberana. La Constitución de la Unión entre guerra y derechos*, prólogo de P. Barceloneta, Barcelona, El viejo topo, 2006.

44. GUARIGLIA, Osvaldo se pronuncia en defensa de la tesis de que ambos grupos de derechos deben ser respetados simultáneamente. Es esta indisoluble conexión entre las dos especies de dere-

que los derechos civiles y políticos pueden asentarse plenamente sin la concurrencia de los derechos sociales o que los derechos sociales no pueden comenzar a garantizarse hasta que los derechos civiles y políticos estén plenamente asentados⁴⁵. Así, en el terreno de los derechos sociales laborales existe una fuerte sensibilidad hacia la tesis de la interrelación entre derechos. Porque se trata de derechos que adquieren su sentido o solo pueden funcionar —como advierte García Amado⁴⁶— a partir de la igualdad ante el derecho y, por tanto la igualdad en las libertades. “La mera igualdad formal no basta, pues sólo con ella no se logra el disfrute de otros derechos fundamentales constitutivos de la básica dignidad como individuo, pero sin ella los trabajadores dejan de ser ciudadanos y vuelven a la condición de siervos”. Los derechos que se tienen en calidad de ser humano deben entrar en el espacio laboral.

Podemos también distinguir, como hace Nickle⁴⁷, entre indivisibilidad e interacción de los derechos. Esta matización es considerada muy plausible para interpretar las obligaciones que generan los derechos. Aunque el autor parte de la idea de indivisibilidad previene de un uso retórico y políticamente deflacionario. De ahí su propuesta de matizar el punto en el que son sostenibles las afirmaciones sobre indivisibilidad poniéndolas en valor pero también incorporando ciertas precisiones⁴⁸.

Hay propuestas sobre la plausibilidad de distinguir entre indivisibilidad e interdependencia⁴⁹. Ambas son formas distintas de relación entre los derechos y se diferencian por la intensidad o el grado de relación. Indivisibilidad es la forma más fuerte de relación y es bidireccional, constituye una relación en la que un derecho es indispensable para otro y viceversa. La interdependencia hace referencia a relaciones de apoyo entre dos derechos. Existe una relación de apoyo o condicionada entre dos cosas cuando una de ellas contribuye al funcionamiento o la estabilidad de otra y sin ella funcionaría peor o de forma menos estable. Aquí

chos humanos la que pone de manifiesto la verdadera naturaleza de ambos: “no se trata de principios morales sustantivos que están por fuera y por encima del sistema sino de las reglas de argumentación más generales que están en la base del sistema democrático”, “La defensa de los derechos económicos y sociales y los límites de la intervención judicial”, *Doxa* n.º 29, 2006, p. 117.

45. GARCÍA MANRIQUE, R., “Derechos sin diferencia específica. Los derechos sociales según Gerardo Pisarello”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2007, tomo xxiv, pp. 491-498. El autor denuncia la consolidación de una creencia como ésta como correlato de una visión funcionalista o mecanicista del progreso de los derechos fundamentales.

46. GARCÍA AMADO, J. A., “Los derechos de los trabajadores en la constitución...” *cit.*, p. 820.

47. NICKEL, James W., “Rethinking Indivisibility: Towards A Theory of Supporting Relations between Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, n.º 30, 2008, p. 985. El autor habla sobre indivisibilidad de una forma provocativa con objeto de estimular la reflexión y una comprensión más profunda.

48. NICKLE, J. Su reflexión se centra en las relaciones entre derechos que tienen un “cierto aire de familia”. El autor distingue en este punto siete grupos de derechos: derechos de seguridad, derechos de debido proceso, libertades personales fundamentales, derechos de participación política, derechos de igualdad, derechos sociales y derechos de las minorías y los grupos. “Rethinking Indivisibility...” *cit.*, pp. 986-987.

49. *Ibidem.*, p. 990.

puede tener lugar toda una serie de relaciones de distinta intensidad desde lo útil a lo indispensable en términos de necesidad lógica o de inconsistencia práctica.

La noción de interdependencia es menos exigente pero más adecuada para entender la posibilidad de realización de derechos de forma progresiva y no inmediata, para introducir excepciones en momentos de emergencia y para poder calibrar el tipo de relación en aquellos casos en que no existen niveles muy amplios de efectividad de los derechos. Sin embargo, la idea de indivisibilidad es consistente con la tesis de que entre los derechos humanos no hay derechos jerárquicamente superiores o prioritarios.

El respeto y el cumplimiento de un derecho puede promover la realización de otro derecho de distintas formas: (1) protegiendo el derecho de alguna de las principales amenazas del derecho con el que guarda relación, (2) proporcionando un remedio o proceso útil para el otro derecho, (3) haciendo que las medidas institucionales y procedimentales sirvan para implementar otros derechos, (4) mejorando las capacidades de los titulares de derechos para usar, beneficiarse de o proteger algún otro derecho. La declaración de Teherán mencionó que la realización plena de los derechos civiles y políticos era imposible sin la satisfacción de derechos sociales. Shue⁵⁰ fue cuidadoso al circunscribir la exigencia de una satisfacción plena a la idea de que solo la seguridad y la subsistencia son derechos indispensables para el resto de derechos.

Los argumentos basados en la tesis de la interdependencia entre los derechos se consideran argumentos fuertes, sobre todo en el ámbito de la protección o las garantías secundarias de derechos⁵¹. En este sentido, el hecho de que un derecho o una dimensión de un derecho sea útil o necesaria desde un punto de vista práctico se considera una razón para alcanzar el derecho. Aunque hay autores, como Nickle⁵², que sostienen que no proporciona una justificación plena. Es decir, los argumentos de relación o conexión entre derechos serán razones distintas a las que provienen de la justificación de los derechos. Es decir, habría derechos cuya exigencia de cumplimiento o realización no es la interrelación con otros derechos, sino que cuentan con otro tipo de justificación independiente⁵³.

El principio de interdependencia ha sido ampliamente abordado a partir de la tesis de que no existen diferencias cualitativas entre los derechos humanos ni desde el punto de vista axiológico o justificatorio, ni atendiendo a la estructura de las obligaciones o las garantías primarias de los derechos o atendiendo a las garantías predeterminadas para asegurar su efectividad. Se acepta que la distinción

50. SHUE, H., *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton University Press, 1996.

51. Muchos teóricos han usado argumentos de relación, como SEN, A., *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Planeta, 2000, pp. 181-182, SHUE, H. *Basic Rights...*, *op. cit.*, pp. 11-64.

52. NICKLE, "Rethinking Indivisibility..." *cit.*, pp. 999-1001.

53. Por ejemplo, el derecho a la libertad religiosa no proporciona un soporte indispensable para muchos otros derechos, pero el papel limitado que juega en apoyo de otros derechos no lo minusvalora debido a que se justifica por razones independientes.

puede tener valor heurístico o que hay diferencias de grado pero en conjunto los derechos constituyen un *continuum* de contenidos y obligaciones⁵⁴. Los desarrollos ulteriores de la tesis de la interdependencia entre derechos ha dado lugar a avances importantes sobre todo en el ámbito de la interpretación de los derechos sociales y de su efectividad.

En el contexto de la interpretación y la determinación del contenido esencial o de las pautas básicas de un derecho podemos hablar de un proceso lento de incorporación de las normas de derecho internacional de los derechos humanos en el derecho. Incorporación que ha tenido lugar bien directamente como derechos integrados en textos jurídicos de orden constitucional y legal, bien en calidad de criterio interpretativo de los derechos fundamentales de los derechos nacionales⁵⁵, bien como criterios de determinación del contenido esencial el derecho desarrollado por parte de los comités de vigilancia de los distintos Tratados de Derechos Humanos. En síntesis, la evolución puede verse como la conjunción de distintos esfuerzos, tanto por parte de los Comités de cada Tratado Internacional de Derechos, como por los Tribunales de Derechos Humanos en distintas jurisdicciones con la finalidad de dar una aplicación directa del Derecho de los Tratados, especialmente a la hora de enjuiciar situaciones de violación de derechos por parte de los Estados. En el caso del ordenamiento jurídico español esta vía queda abierta por el artículo 10.2. y el 96 de la CE. Otros países han ido recepcionando la doctrina de Tribunales Internacionales regionales y de los Comités de vigilancia de los Tratados y Pactos de derechos humanos.

El artículo 10.2 da lugar a un canon o criterio interpretativo que cobra especial relevancia en los supuestos de falta de claridad semántica, indeterminación o vaguedad de una disposición sobre derechos fundamentales reconocidos por la constitución española y, en este caso, es una cláusula de garantía⁵⁶. El contenido del artículo 10.2 es un parámetro interpretativo que, en algunos supuestos, es también parámetro de validez y que se proyecta sobre todos los derechos reconocidos en la constitución española, de un modo concordante con muchas otras constituciones nacionales. El Tribunal Constitucional español ha considerado que los tratados internacionales “configuran el sentido y alcance de los derechos” (STC 254/1993, fj. 6º) y en algunos supuestos “(establece) los perfiles exactos de su contenido” (STC 28/1991, fj. 5º). También se ha recurrido a esta vía del artículo 10.2. como reconocimiento de nuevas dimensiones de los derechos fundamentales

54. ABRAMOVICH, V. y COURTIS, CH., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 27.

55. El artículo 10.2 de la CE establece que “las normas relativas a los derechos fundamentales (...) se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Ni la jurisprudencia ordinaria, ni sobre todo, la constitucional, han hecho un uso indiferenciado de estos instrumentos.

56. El Tribunal Constitucional español ha declarado que el artículo 10.2 “obliga a interpretar los correspondientes preceptos de la constitución de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que, en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades” (STC 36/1991 fj. 5º).

que han ido emergiendo, por tanto como un elemento dinamizador del contenido de los derechos.

Ciertamente, la aplicabilidad de todos los derechos humanos no cuenta con el mismo grado de respaldo normativo ni aplicativo. Los prejuicios generales en torno al carácter “secundario” de los derechos sociales han incidido también en la utilización del derecho internacional de los derechos humanos como parámetro interpretativo de su contenido⁵⁷. En términos generales, en España los Tratados y Acuerdos sobre derechos civiles y políticos han sido mucho más utilizados que aquellos sobre derechos sociales⁵⁸. Entre los derechos sociales, los instrumentos referidos a derechos sociales laborales han tenido prioridad respecto a los que consagran derechos sociales no laborales. Finalmente, los instrumentos pertenecientes al sistema europeo de protección de derechos (Normas comunitarias, Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y la Convención Europea de Derechos humanos) han sido preferidos a aquellos ligados al sistema internacional de derechos humanos. Estas opciones se explican, como muestra Pisarello⁵⁹, en parte por la interiorización que los operadores jurídicos hacen de la clasificación constitucional de derechos fundamentales y no fundamentales. Pero “no es inocente ni parece la única posible, ya que nada impediría que los tribunales utilizaran tratados y acuerdos sobre derechos sociales para interpretar el alcance o la dimensión ‘social’ de algunos derechos civiles y políticos así como para especificar el contenido de los derechos sociales constitucionalmente reconocidos como tales” algo perfectamente autorizado por el artículo 10.2 de la Constitución y algo perfectamente acorde a la firma y ratificación por parte del Estado español del Protocolo al PIDESC y que debería orientar la firma del Protocolo de la Carta social europea⁶⁰.

En síntesis, la tesis de la indivisibilidad puede conducir a superar las diferencias entre tipologías de derechos y hacer evidentes —como sugiere Calvo⁶¹— las

57. Sobre la utilización por parte del Tribunal Constitucional español de tratados internacionales de derechos humanos puede verse, PÉREZ TREMPES, “Justicia constitucional y defensa de los derechos fundamentales en Europa”, *La justicia constitucional en la actualidad*, L. López Guerra (coord.), Quito, Editora Nacional, 2002, pp. 318. M. J. AÑÓN y G. PISARELLO, “The protection of Social Rights in the Spanish Constitutional System”, *Justiciability of Economic and Social Rights*, F. Coomans (ed.); Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006. P. ANDRÉS IBÁÑEZ, “El juez nacional como garante de los derechos humanos”, en *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999; pp. 289 y ss.

58. No obstante podemos detectar avances también en el espacio europeo sobre factibilidad y eficacia de los derechos sociales. Véase JIMENA, L., “La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas”, *Estudios de Economía Aplicada*, n.º 27-3, 2009, pp. 743-766.

59. PISARELLO, G., “Los derechos sociales como derechos justiciables”, *cit.*, p. 53.

60. JIMENA, L., *La jurisprudencia del comité europeo de derechos sociales. Sistema de reclamaciones colectivas*, vol. I 1998-2005, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007 y “La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas”, *Estudios de Economía Aplicada*, vol. 27, 2009, pp. 743-766.

61. CALVO, M., “La implementación y efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *cit.*, p. 203.

correlaciones entre la estructura de las obligaciones a que dan lugar las garantías y asegurar su efectividad con el fin de asegurar la plena exigibilidad de los derechos sociales o su reconocimiento como derechos fundamentales. Una reconstrucción unitaria de los derechos facilitaría, continúa este autor, la reconstrucción compleja de las garantías de todos los derechos y en particular su justiciabilidad.

3.2. La estructura de las obligaciones y el carácter multidimensional de todo derecho

Los derechos exigen un conjunto muy amplio de medidas de distinto tipo para su realización. Medidas legislativas, administrativas, procedimentales, decisiones institucionales, acción de los poderes públicos, recursos materiales y humanos, y ello es propio prácticamente de todo tipo de derechos sin excepción, aunque puede haber diferencias de grado o intensidad⁶².

El desarrollo doctrinal del contenido de las obligaciones que generan los derechos humanos ha sido, sin duda, muy significativo. Inicialmente desarrollado por aportaciones de Shue, Eide y van Hoof, más tarde fue asumido por el Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶³. Bajo los auspicios de la ONU y de la doctrina jurídica han tenido lugar importantes pasos en la teoría de los derechos sociales. En este sentido contamos con documentos relevantes. Por un lado, en 1986 se aprobaron los *Principios de Limburgo*, relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en 1997 se formularon las *Directrices de Maastrich* sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales. Este documento pretende establecer criterios para distinguir entre comportamientos aceptables e inaceptables por parte del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones. De otro lado, las observaciones generales del *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* sobre el contenido de cada uno de los derechos. En estos documentos ha quedado establecido un esquema interpretativo basado en niveles de obligaciones respecto a los derechos: obligaciones de respetar, de proteger, de garantizar y obligaciones de promover el derecho en cuestión. En términos generales, ninguna de estas clases o niveles de obligaciones se agota en una única clase de conducta que forme parte de la clase de acciones positivas o negativas.

62. Los derechos sociales se ostentan frente a un estado, sociedad política o institución concreta, pero eso no es una característica peculiar de estos derechos. Todos los derechos sin distinción, como subraya HIERRO, L., dependen de precisiones institucionales ulteriores. En este sentido, cabe afirmar que no son derechos definitivos o absolutos, sino derechos que requieren compromisos institucionales para convertirse en derechos finales y por ello pueden ser considerados *prima facie*. “Los derechos económico-sociales...” cit., pp. 178 y 181.

63. CALVO, M., p. 213. BOLIVAR, L., “La doctrina en materia de derechos económicos, sociales y culturales: avances y dificultades en su aplicación y exigibilidad”, *cit.*, pp. 33-53.

Las *Directrices de Maastrich* parten del principio de interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos y, por tanto, de la identidad de las obligaciones que generan todos los derechos. Las Directrices se refieren a las obligaciones de respeto, garantía y satisfacción de los DESC y establecen que el incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones constituye una violación de dichos derechos⁶⁴.

Naciones Unidas a través del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha elaborado resoluciones relativas al contenido de los derechos del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denominadas Observaciones Generales⁶⁵. En estas Resoluciones se hace referencia a dos grandes ámbitos de obligación. En ellas se distingue entre lo que se pueden considerar las obligaciones genéricas de los Estados que se dividen en tres tipos: obligaciones de respeto; obligaciones de protección y obligaciones de satisfacción o cumplimiento (garantía y promoción). Por otro lado, lo que el Comité califica como obligaciones mediatas y mínimas. Con ello se refiere a aquellas obligaciones a las que un Estado queda vinculado de forma mediata en el mismo momento en que ratifica un Tratado de derechos humanos⁶⁶.

Hierro habla a estos efectos de la existencia de un derecho subjetivo “a la vigencia de normas de derecho público y/o de derecho privado que son necesarias para que sea posible aquello que garantiza el derecho fundamental”⁶⁷ y ello permite distinguir entre garantías institucionales y derechos. Desde ahí desarrolla un razonamiento muy interesante que concluye constatando la relación entre todos los tipos de derechos por cuanto todos ellos (de defensa, de protección, de organización y de prestación en sentido amplio y estricto, de acuerdo con la categorización de Alexy⁶⁸) “requieren para estar garantizados acciones normativas y/o

64. Directrices de Maastrich, parágrafo 6.

65. OLIVAS, A., sugiere integrar en la labor interpretativa de los jueces y en su formación el contenido de las observaciones que promulga el comité y que protege y desarrolla los derechos del PIDESC atribuyendo toda su potencialidad a los artículos 10 y 96 CE. Estas Observaciones Generales son importantes porque: (a) identifican de forma clara las obligaciones a cargo de los Estados y establecen de forma progresiva contenidos normativos equiparables a los derechos civiles, (b) señalan como criterio interpretativo el principio de progresividad, como estándar para examinar los derechos desde la mejora de las condiciones de goce y ejercicio de los derechos en cuestión, (c) sirven para efectuar una lectura crítica de las reformas legislativas. Evidentemente los jueces, como subraya Olivas, no crean ni orientan las políticas públicas pero su posición permite recordar a los poderes públicos sus obligaciones en relación a esos derechos y políticas que los instrumentan, “El papel de los jueces en la garantía de los derechos sociales”, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, G. Pisarello (ed.), Albacete, Bomarzo, 2009, pp. 88-89.

66. SEPÚLVEDA, M., *The Nature of the Obligation under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Amberes, Intersentia, 2002.

67. HIERRO, L., “Los derechos económico-sociales...”, cit., pp. 211-212.

68. Es sabido que Alexy ha llevado a cabo una clasificación de derechos fundamentales muy interesante basada en la estructura deóntica de los derechos. HIERRO discute la clasificación que distingue a los derechos de defensa y los derechos de protección. A su juicio, una cosa son los derechos y otra los remedios ante su violación y cada derecho puede precisar distintos remedios de defensa y de protección. En cuanto a los derechos que ALEXY denomina a organización y procedimiento,

fácticas por parte del Estado y por ello todos los derechos, incluso los de defensa, se convierten en derechos a protección y puesto que los derechos a protección se convierten en derechos a organización y procedimientos, quiere decir que todos los derechos, incluso los derechos de defensa, se convierten en derechos a organización y procedimiento y son derechos a prestaciones en sentido amplio". Todos ellos, por otra parte y como subraya el mismo autor son derechos *prima facie*, puesto que ninguna de estas clases de derechos cuentan con una configuración definitiva en el sentido de que su mero enunciado implique una determinada forma del derecho, sino que pueden ser satisfechos y protegidos mediante distintas acciones normativas por parte del legislador. En este sentido, son similares a los derechos a prestación en sentido estricto.

La idea del carácter multidimensional de todo derecho, de la necesidad para su aplicación de acciones normativas y fácticas (obligaciones) de distinta intensidad (inmediatas y progresivas, de acción y de resultado) lleva a reconocer que es necesaria una función promocional o positiva o prestacional del derecho por parte del Estado o de las instituciones públicas especialmente en el marco de un Estado social⁶⁹. La función promocional del Estado tiene, a su vez, diversidad de grados o intensidad y muy distintas medidas que pueden ser, a su vez, negativas o positivas. Ruiz Miguel⁷⁰ distingue de acuerdo con las tesis de matriz bobbiana entre: acciones promocionales a través de la incentivación como acción del Estado especialmente comprometida con un objetivo que intenta provocar conductas a las que los ciudadanos son renuentes. Acciones de facilitación que posibilita la realización de conductas que los ciudadanos ya tienden a realizar aunque quizá con menos comodidad. Esto es característico también del estado liberal que cumple tal función a través de las normas que confieren poderes privados y, en general a través del reconocimiento de permisos que garantizan la libertad de acción. Las libertades, sin embargo, son derechos complejos que suelen implicar, para su realización un conjunto muy amplio de acciones normativas y fácticas de distinto orden e intensidad⁷¹.

a todo derecho material le están atribuidos derechos procedimentales. "Los derechos económico-sociales...", cit., pp. 205-207.

69. CALVO, M., "La implementación y efectividad de los derechos...", cit., p. 205.

70. RUIZ MIGUEL, A. (2008) "Para una interpretación laica de la constitución", *Laicismo y Constitución*, A. Ruiz Miguel y Rafael Navarro Valls, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico p. 68. Véase también SOLANES, A. "Pena y recompensa como instrumentos jurídicos para orientar conductas" *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n.º 4, 2007, pp. 605-637.

71. HIERRO, L., se refiere así al derecho al sufragio como libertad positiva. Su institucionalización exige reconocer la potestad de votar con efectos decisorios, la libertad de elegir entre varias opciones, algunas inmunidades (voto secreto), pretensiones frente al Estado (que convoque elecciones, que los censos sean correctos, que organice las mesas electorales, etc.). "Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad...", cit., p. 181, nota 15. A título ejemplificativo la STC 236/2007 reconoce que un derecho como es la libertad de asociación exhibe muy distintas dimensiones: (a) la libertad negativa de no asociarse (art. 20.2 Declaración universal establece que "nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación"); (b) la libertad positiva de asociación, reconocida, dentro de ciertos límites, por el art. 22 del *Pacto de derechos civiles y políticos*, y por el art. 11 del *Convenio*

Por otra parte, hemos de referirnos al significado de la obligación de progresividad. Sin duda uno de los aspectos sobre los que más se ha reflexionado tanto por la doctrina como desde Naciones Unidas ha sido el artículo 2 del PIDESC. Inicialmente considerado una disposición de mínimos, ha ido adquiriendo una densidad importante como resultado de la labor interpretativa del Comité y de los criterios que el propio Comité ha ido incorporando a la presentación de informes por parte de los Estados parte⁷².

Se trata de una obligación que exige al Estado firmante de un pacto que actúe, lo haga de forma progresiva y utilice el máximo de sus recursos disponibles. Una obligación que, a su vez, comprende distintas acciones cuyo contenido ha sido el resultado de una contundente labor interpretativa. Las acciones que debe asegurar el Estado son las siguientes:

(i) Adoptar medidas para que el derecho sea realizado de una manera paulatina o progresiva. Lo que comporta que las medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas a la obligaciones reconocidas en el Pacto y deben ser realizadas en un plazo razonable. El principio de progresividad va acompañado de una prohibición de regresividad, esto es, le está vedado al Estado adoptar políticas, medidas, y sancionar normas jurídicas, que sin una justificación adecuada, empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el Pacto o bien con posterioridad a cada avance “progresivo”⁷³. De esta forma, una primera instancia de evaluación de la progresividad en la implementación de los derechos sociales, consiste en comparar la extensión de la titularidad y del contenido de los derechos y de sus garantías concedidas a través de nuevas medidas normativas con la situación de reconoci-

de Roma. La libertad positiva, se dijo en la misma resolución, “supone la superación del recelo con que el Estado liberal contempló el derecho de asociación” (FJ 4), garantizando “la posibilidad de los individuos de unirse para el logro de ‘todos los fines de la vida humana’, y de estructurarse y funcionar el grupo así formado libre de toda interferencia estatal”. En cambio, la libertad negativa o de no asociarse, “es una garantía frente al dominio por el Estado de las fuerzas sociales a través de la creación de corporaciones o asociaciones coactivas que dispusieran del monopolio de una determinada actividad social”; (c) la libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas, la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas, y, finalmente, la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas; (d) una cuarta dimensión *interprivatos* (STC 56/1995), que garantiza un haz de facultades a los asociados, considerados individualmente, frente a las asociaciones a las que pertenezcan o en su caso a los particulares respecto de las asociaciones a las cuales pretendan incorporarse.

72. *Compilación de directrices relativas a la forma y el contenido de los informes que deben presentar los Estados partes en los tratados internacionales de derechos humanos*. hri/gen/2/rev.2 7 de mayo de 2004.

73. La Observación General n.º 13 establece que si deliberadamente se adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos disponibles (parágrafo 48).

miento, extensión y alcance previos. Tal como fue señalado, la precarización y empeoramiento de esos factores, sin una debida justificación por parte del Estado, supondrá una regresión no permitida por el Pacto. De este modo, la obligación de no regresividad se constituye, entonces, en uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado.

(ii) Las medidas deben ser adoptadas a través de todos los medios adecuados. Cada Estado deberá argumentar lo adecuado de las medidas que adopte y si ha agotado todos los medios. En este sentido se habla de medidas legislativas, judiciales (de forma que existan recursos y procedimientos de reclamación de derechos adecuados y accesibles), administrativas, financieras y educativas. Aunque el Comité insiste en este punto que el Pacto ni exige ni excluye ningún sistema económico.

(iii) La tercera exigencia de esta obligación es utilizar “hasta el máximo de los recursos disponibles”. Se trata de un elemento de la obligación mediata de adoptar medidas que plantea, a su vez, tres exigencias: en primer término la obligación de satisfacer niveles esenciales de cada derecho. En segundo término la exigencia de que incluso en casos de insuficiencia de medios se mantiene la obligación de asegurar el disfrute más amplio posible de cada derecho. En tercer lugar, el Comité estipula que en situaciones de crisis económica o situaciones de de recesión graves existe una obligación de garantizar todos los derechos dando prioridad a los grupos de personas más vulnerables.

3.3. Determinación del contenido mínimo del derecho y de un estándar de derechos

En términos generales se vienen realizando, desde hace tiempo, investigaciones relativas a la determinación de indicadores orientados al cumplimiento de derechos, especialmente de derechos humanos y, por tanto, son también indicadores o criterios de determinación de estándares de derechos⁷⁴. El desarrollo de indicadores completa así la labor del Comité del PIDESC a través de sus Observaciones generales.

74. Sobre ambos procesos véase CALVO, M. El desarrollo de trabajos sobre indicadores por parte de Naciones Unidas cuenta con una trayectoria de tres décadas (existen manuales al uso sobre ello). Asimismo los informes sobre desarrollo humano sobre los que trabaja el PNUD son también elementos relevantes para la determinación del contenido de los derechos y pautas de evaluación de violaciones de los mismos.

Contamos con distintas propuestas sobre indicadores⁷⁵, aunque me referiré especialmente a una propuesta de orden general sobre derechos sociales⁷⁶. Se trata de una perspectiva que distingue dos áreas de reflexión distintas; una conceptual y otra relativa a las propuestas de medición. La primera se refiere al proceso teórico mediante el que se clarifica el contenido y los estándares de derechos por parte de los sujetos obligados a su cumplimiento, tanto en términos de obligaciones positivas como negativas. Esta clarificación ha de hacerse de manera que la definición del derecho comprenda el significado que se le suele asignar en el texto jurídico de referencia en el que viene reconocido. En segundo lugar, la medición connota el proceso general a través del cual se vinculan conceptos e indicadores empíricos. Comprende consideraciones teóricas y empíricas. Desde el punto de vista teórico, el interés se halla en el concepto. Desde el punto de vista empírico, la respuesta observable es el centro del proceso. Como en todo proceso de análisis se asumen márgenes de incertidumbre, esto es, la relación entre los indicadores y el concepto que tratan de medir, nunca será plenamente cierta, sino sólo probable⁷⁷.

Esta propuesta de análisis establece la diferencia entre indicadores de derechos e indicadores sobre contexto económico y social. Los indicadores de progreso a los que hacen alusión las normas tienen como objeto verificar el cumplimiento de obligaciones suscritas en un tratado internacional de derechos humanos. Por tanto, no se limitan a recabar información sobre la situación económica y social de un Estado Parte, sino que apuntan a verificar el nivel de cumplimiento y efectividad de tales derechos.

El proceso de construcción de indicadores de derechos humanos utiliza datos sobre la situación económica y social para el análisis del grado de cumplimiento de las obligaciones. Trata de medir la realización progresiva de los derechos y no directamente el nivel de desarrollo económico y social de un país. A estos efectos también se considera relevante la información sobre los factores estructurales que determinan la posibilidad del acceso efectivo a los derechos sociales⁷⁸. Siguiendo

75. Entre otros, WELLING, JUDITH V. (2008) "International Indicators and Economic, Social and Cultural Rights", *Human Rights Quarterly*, n.º 30, pp. 933-958. KALANTRY, S.; GETGEN, J. E.; KOH, Steven, "Enhancing Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights Using Indicators: A Focus on the Rights to Education in the ICESCR", *Human Rights Quarterly*, vol., 32, n.º 2, mayo 2010, pp. 253-310.

76. "Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales" *La elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, Comisión Interamericana de derechos humanos. OEA/ser/L/V/II.129, 5 de octubre de 2007. Documento encargado por la OEA al Comisionado Víctor Abramovich y en el que también han colaborado Marisol Blanchard, Oscar Parra Vera, Laura Pautasi. Presentada ante la comisión de asuntos jurídicos y políticos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su sesión del 23 de julio de 2008.

77. Por tanto los indicadores no pueden ser la única herramienta de supervisión del cumplimiento del contenido de los Tratados. "Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso...", cit. (párrafo 11 y 16).

78. Por ejemplo, los indicadores asignan un valor importante a la forma de reconocimiento constitucional y legal de los derechos de cada país, a los mecanismos de participación, de transparencia

las pautas básicas de Naciones Unidas en este punto distingue tres tipos de indicadores, relativos a la estructura, a los proceso y a los resultados⁷⁹. Los primeros hacen referencia a la organización estatal predispuesta para realizar los derechos; los de proceso miden la calidad y magnitud de las intervenciones estatales y los de resultado se dirigen a evaluar el impacto concreto de las intervenciones en la realización de los derechos. En segundo lugar, cada indicador resulta desagregado en tres categorías: recepción del derecho, capacidades del Estado y compromiso presupuestario. En tercer lugar, se incluye en el proceso “señales” de progreso cualitativo. Finalmente se incorporan lo que se consideran indicadores transversales, entre los que se encuentran: la igualdad, acceso a la justicia, acceso a información y participación. Estos indicadores procuran medir aspectos vinculados con las condiciones que determinan la posibilidad real de acceder a los derechos sociales en cada uno de los Estados a través del libre juego de las instituciones y los procesos democráticos y deliberativos.

3.4. Tutela y exigibilidad

Los argumentos al uso en esta sede sostienen que los derechos sociales son derechos escasa o débilmente exigibles, y suele aludirse a alguna de las siguientes razones, bien conocidas, por otra parte: (i) nos encontramos ante principios de carácter programático antes que ante derechos subjetivos, (ii) la exigibilidad queda limitada a la justiciabilidad de un derecho, (iii) los derechos sociales se realizan a través de políticas públicas, (iv) se impugna que el papel de los jueces sea establecer formas de realización de derechos sociales y (v) se parte del presupuesto de que los derechos fundamentales no sociales son todos ellos y en todas sus dimensiones perfectamente accionables en sede jurisdiccional, de una forma sencilla e inmediatamente efectiva. Por otra parte, todos estos argumentos han sido respondidos adecuada, matizada y ponderadamente en diversas sedes y momentos⁸⁰. Por ello limitaré mi exposición a llamar la atención sobre dos aspectos en los que se han producido avances destacables.

En primer término, es posible proponer dos argumentos relativos a la exigibilidad de los derechos sociales. Es posible afirmar que la exigibilidad no es solo una cuestión judicial y, que la tutela judicial está plenamente justificada y es posible. A este respecto parece preciso destacar los esfuerzos interpretativos

y de rendición de cuentas; al diseño institucional de las políticas, los programas y servicios sociales que organiza el Estado para realizar los derechos (accesibilidad, publicidad y pertenencia cultural de esos servicios) y al funcionamiento de los sistemas de justicia.

79. “Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso...”, cit., parágrafos 34-38.

80. Especialmente destacar el trabajo de ABRAMOVICH y COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit, capítulo 3; PISARELLO, G., *Derechos sociales y sus garantías* y “La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español”, pp. 44-71; HIERRO, L., “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad...”, cit., pp. 196-198.

realizados por parte del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CEDESC) centrado en la exigencia de garantías administrativas y judiciales, así como las posibilidades legales y fácticas de acceso a mecanismos de reclamación de los dos órdenes, así como en el reconocimiento como transversal del acceso a la justicia.

Como ha señalado el Comité en reiteradas Observaciones Generales hay dimensiones significativas de los derechos sociales que son exigibles inmediatamente ante los tribunales internos. A juicio del Comité una clasificación que los sitúe por definición fuera del ámbito de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que todos los derechos humanos son interdependientes e indivisibles. Asimismo, se vería reducida drásticamente la posibilidad de los tribunales de proteger los derechos de los sectores más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad. También el Consejo de Europa ha propuesto en este sentido algunas preguntas e indicadores que pueden ser de aplicación general. Todo ello se completa con la defensa de estrategias de justiciabilidad. El Comité desde el principio reconoció que son necesarios los recursos judiciales. También reconoció que hay disposiciones del pacto directamente aplicables y otras o todas que cuentan con dimensiones justiciables. Claro que, respecto a los derechos civiles todo esto se da por sentado sin cuestionamiento alguno⁸¹.

El Derecho de los derechos humanos ha desarrollado criterios sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que sean idóneos y efectivos para reclamar por la violación de los derechos fundamentales. En este caso, la obligación no es sólo negativa, de no impedir el acceso a esos recursos, sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos, para lo cual los Estados han de remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia. En los últimos años se han producido avances destacables en el diseño de principios y estándares sobre el alcance del derecho al debido proceso judicial y a la tutela judicial efectiva, en casos que implican vulneración de derechos sociales y en la especificación de modos de control judicial de las obligaciones de respeto y protección y más tímidamente sobre las obligaciones de cumplimiento. En el orden interno de algunos Estados se han dado grandes pasos en varias direcciones: en reconocer la conexión entre derechos, de forma que se considera viable la protección de un derecho a través de su relación con otros derechos cuya judicialización sea más efectiva. Por otra parte, reconociendo que hay distintas dimensiones en un derecho, en algunas de ellas es más sencillo plantear una reclamación, y finalmente que las formas de adjudicación pueden ser varias: directas e indirectas, reparadoras, compensadoras o preventivas y cada

81. CALVO, M., “La implementación y efectividad de los derechos...”, *cit.*, pp. 215-218. Ha habido muchos avances en este sentido y podemos especificar en la teoría y en la praxis modos de control judicial de las obligaciones de respeto y protección. Sin embargo, con las obligaciones de cumplir no ocurre lo mismo y habría que desarrollar instrumentos de evaluación socio-jurídicos que permitan detectar violaciones. Por ejemplo, un sistema de indicadores, metas o criterios de referencia.

una de ellas tiene un alcance y una finalidad distintas⁸². Así pues, no se trata de incurrir en un planteamiento simplista sobre la exigibilidad judicial, sino postular unas formas equivalentes de tutela para todos los derechos, bien de manera directa, bien por conexión, pero sí de postular, como sugiere Pisarello que “no es banal el reconocimiento o la positividad de los derechos, sino que eso puede y debe tener un significado práctico”⁸³. Un significado que debe integrarse en una cultura jurídica en la que tengan un acomodo adecuado una teoría comprensiva del estatuto jurídico de los derechos sociales como derechos fundamentales.

En segundo término, la aprobación del Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸⁴ tiene componentes muy significativos en relación con la exigibilidad de los derechos sociales. Se trata de una resolución largamente demandada por parte de todas las organizaciones e instituciones comprometidas con la efectiva realización de los derechos sociales, puesto que, hasta el momento, los derechos contenidos en el PIDESC carecían de una norma mínima relativa a unas ciertas garantías secundarias, excepción hecha del sistema de presentación de informes común a todos los pactos y tratados de derechos humanos.

Me limitaré a señalar alguna de sus características generales, que suponen un claro avance relativo a la efectividad y exigibilidad de los derechos sociales y que giran fundamentalmente en torno a las competencias que el Protocolo Facultativo reconoce al Comité del Pacto en esta materia⁸⁵.

(i) Reconoce la legitimación para interponer una queja o denuncia ante una violación de derechos del Pacto, a personas o a grupos de personas que se hallen bajo al jurisdicción de un Estado parte que aleguen ser víctimas de violación de un derecho enunciado en el pacto, o a un Estado respecto de otro Estado parte (art 2 y 10).

(ii) Entre los elementos que regulan el procedimiento cabe destacar que la admisión a trámite (art. 3 y 4) puede tener lugar: (a) tras haber agotado todos los recursos disponibles en la jurisdicción interna, de acuerdo con la norma general

82. Las posibilidades de tutela incluso jurisdiccional de los derechos son diversas. En unos casos implica la introducción de criterios interpretativos del contenido de los derechos establecidos por directrices internacionales. En otros casos, comporta la toma en consideración de normas sustantivas y procesales relevantes para un derecho concreto. Por ejemplo, en relación con el derecho a la vivienda son muy relevantes la legislación sobre arrendamientos, la legislación procesal civil y las normas sobre ejecuciones hipotecarias. Sobre estas vertientes de la aplicación de los derechos sociales véase OLIVAS, A., “El papel de los jueces en la garantía de los derechos sociales”, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, G. Pisarello (ed.), pp. 90-91.

83. PISARELLO, G., “La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español”, cit., pp. 71 y 75.

84. Resolución A/RES/63/117 adoptada el 10 de diciembre de 2008 y ratificado por España

85. ARNE VANDENBOGAERDE AND WOUTER VANDENHOLE, “The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: An *Ex Ante* Assessment of its Effectiveness in Light of the Drafting Process” *Human Rights Law Review* (2010) 10(2): 207-237.

de todos los tratados; (b) los hechos deben haber sucedido con posterioridad a la entrada en vigor del protocolo, aunque pueden ser la continuación de hechos anteriores; (c) no puede ser sobre una cuestión que ya haya sido examinada por el Comité; (d) no puede ser incompatible con las disposiciones del Pacto; (e) no puede ser manifiestamente infundada o no tener bases con gran fundamento; (f) no puede constituir abuso de derecho (la presentación de la comunicación); (g) no puede ser anónima; (h) debe ser presentada por escrito; (i) el autor de la comunicación ha de estar en clara desventaja o tratarse de una cuestión de grave importancia general.

(iii) Respecto a la adopción de la decisión, las competencias reconocidas al Comité en relación con la vulneración de derechos sociales constituyen un paso muy importante. Cuenta con competencias para adoptar medidas cautelares que eviten posibles daños irreparables a las víctimas, puede llevar a cabo procedimientos de investigación (art. 11) y su labor está orientada a lograr que las partes lleguen a una solución amigable sobre la base del respeto a las obligaciones del pacto.

La ratificación del Protocolo Facultativo puede ser interpretada como asunción, por parte del legislador, de nuevas obligaciones en relación a los derechos sociales. Es cierto que no siempre un Estado se muestra favorable a asumir nuevos compromisos y que otros convenios en materia de derechos humanos quedan a la espera, como la Convención sobre los derechos humanos de los trabajadores migrantes y sus familias. Mas con esto y con todo es posible entenderlo como un gesto de reconocimiento de la relevancia de los derechos sociales en tanto que derechos humanos. Se trata de una perspectiva jurídica factible que pasa por recomponer los principios del Estado social y democrático de derecho y el papel institucional de los operadores jurídicos vinculados en su actuación cotidiana a los fines de este modelo de Estado. Para ello es necesario, como se ha visto, introducir cambios interpretativos, dogmáticos y teóricos que incorporen los desarrollos que provienen de otras ciencias sociales para articular jurídicamente y mostrar didácticamente un estatuto jurídico de los derechos humanos y los derechos fundamentales coherente constitucionalmente, conforme con el desarrollo internacional de los derechos humanos y por ello más complejo, más garantista y más comprensivo respecto a los sujetos y respecto a los riesgos más lacerantes de la existencia humana.

